

LA CONSTITUCION DISPARA SU FAL

ABORTO, NUNCA MENOS.

LEYENDO EL CASO 'FAL'

La triste y repetida historia

En noviembre de 2009, en una casita del Chubut, la niña AG es violada por su padrastro, y en consecuencia queda embarazada.

En enero de 2010 la madre, Aurora Luisa Fuentes (F., A.L.), pide a la Justicia Penal que autorice el aborto habiendo sido denunciada la violación que causó el embarazo.

El juez penal evade su competencia constitucional explicando que él sólo investigaba el delito.

La madre presenta su pedido a un tribunal de Familia, el cual lo rechaza también por motivos formales y religiosos.

La causa llega hasta el Superior Tribunal de la Provincia de Chubut el cual -en una excelente sentencia- decidió autorizar el aborto, dejando en claro que la autorización era innecesaria pero que la daba para evitar que se siga discutiendo.

Y el 11 de marzo de 2010 AG se realiza el aborto.

FAL en la Corte Nacional

Sin embargo, el Asesor General de Menores e Incapaces de Chubut apela por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, diciendo que lo hace en representación del 'nasciturus' (ser por nacer).

Ello es admitido por la Corte Nacional pese a que el 'nasciturus' ya no era tal puesto que el aborto se había practicado. Y la Corte también giró el expediente para opinión de la Defensoría General (quien opinó a favor de la niña violada) y a la

Defensoría de Incapaces para que represente también al 'nasciturus'.

Salvo el Procurador General, todos los que intervinieron (incluso organizaciones a favor y en contra del aborto, como 'amici curiae') le pidieron a la Corte Argentina que resuelva el caso aunque ya no fuese necesario, de modo de sentar un precedente.

La actualidad del caso

La Corte aquí establece una cuestión constitucional interesantísima: deja en claro que tomará todas las cuestiones que sean importantes para sentar precedentes aunque ya no tenga actualidad, aunque se haya vuelto abstracto el caso concreto.

Esto puede no ser importante ni entendible para el público, pero para los constitucionalistas resulta un giro copernicano, una asunción definitiva y clara del rol político de la Corte. Desde aquí, aplausos de pie.

Y la Corte empieza a analizar la normativa

Como señalamos en viejísimas notas, la gran batalla del derecho constitucional al aborto se libraba en cuatro frentes: el del Código Civil que habla de persona desde la concepción, el del Código Penal que autorizaba ciertas excepciones, el de la Constitución que en su artículo 75 inciso 23 habla de proteger al niño desde el embarazo, y el internacional donde el Pacto de San José habla de proteger la vida -en general- desde la concepción y la reserva argentina en la Convención sobre Derechos del Niño donde nuestro país formuló una reserva indicando que la vida empezaba con la concepción.

A cada norma su medida

* La Corte entiende que tanto el Código Penal como el Civil deben aceptar el principio constitucional de reserva, de intimidad, de libertad personal, que contiene el artículo 19.

* Con respecto al inciso 23 del artículo 75 de la Constitución la Corte dice que nada tiene que ver dicho precepto con penar el aborto, ya que sólo refiere a regímenes de acción positiva.

¿Es cierto? Sí. Pero es una salida por la tangente que deja subsistente los cuestionamientos que se fundan en esa norma.

Nos disgusta enormemente esta opción hermenéutica de la Corte, que tiene todo el aroma de Zaffaroni, quien fue convencional constituyente de activa participación en dicha cláusula.

Nadie puede negar que cuando se estableció este inciso fue la madre de las batallas del 94. Y nadie puede olvidar el discurso de Raúl Alfonsín en la Convención Reformadora: “No hemos permitido ni prohibido el aborto, hemos hecho una cláusula que, al decir embarazo, traslada la decisión al Congreso”.

Por nuestra parte hubiésemos preferido que la Corte diga algo al respecto, y no que intente inmunizar la norma ya que eso dejará lugar a otros planteos.

Creo que aquí prevalecen el penalista, y el judicial que gambetea, frente al constitucionalista.

*Con respecto al Pacto de San José de Costa Rica la Corte sí enfrenta claramente el punto e interpreta lo que venimos diciendo desde hace años: el Pacto da una protección ‘en general’ con lo que se admiten muchas excepciones, y la Corte hace suyo lo que se dijo en ‘Baby Boy’, admitiendo la violación como una excepción a la prohibición de abortar. Bien aquí.

*Y con la Convención sobre los Derechos del Niño opta por una interpretación muy arriesgada pero muy fuerte: manifiesta que la reserva argentina fue sólo una ‘declaración interpretativa’ y que por lo tanto no tiene ninguna aplicación concreta. Es muy jugado, porque le está quitando todo valor a una declaración del Congreso, lo cual nunca es de buena hermenéutica, y traerá nuevos dilemas.

*Así, en síntesis, resuelve que cuando el artículo 86 inciso 2 del Código Penal dice que no es punible el aborto de mujer violada si ella era ‘idiota o demente’, resulta inconstitucional la limitación a las deficientes mentales y que debe darse el mismo derecho a todas las mujeres.

Luego hace un esforzado análisis del artículo 86 del Código Penal, donde

básicamente transcribe lo que hace años viene escribiendo Raúl Zaffaroni.

Pero en el fondo lo que la Corte está haciendo, sin animarse a decirlo claramente, es declarar inconstitucional la distinción establecida en casos de violación a favor de las discapacitadas mentales. Ello es asumido con mayor claridad en el voto de Argibay.

Nino sonríe

Para satisfacción de quienes admiramos al extinto maestro Carlos Santiago Nino, la Corte hace una cita que la honra: pedirle a una mujer violada, que sufrió una agresión tan contundente a sus derechos, que siga adelante con el embarazo sólo para beneficiar a un tercero (el 'nasciturus') resulta inconstitucional porque implica ver a la mujer como un medio y no como un ser humano fin en sí misma. Es lo que en filosofía se conoce como 'actos supererogatorios', heroicos, de aniquilación personal, que no pueden ser válidamente requeridos a nadie.

Y, honrando también a Nino sin mencionarlo, Argibay en su voto deja en claro que exigir la continuidad del embarazo a una mujer violada implica que el Estado imponga un plan de vida a un ser humano, lo que es constitucionalmente insostenible.

Simple trámite

Y para eliminar lo que considera un 'alto grado de desinformación' exhorta a los profesionales de la salud y a los jueces de todo el país a tener presente que la decisión de abortar como consecuencia de una violación debe ser tomada a solas entre la mujer y su médico. Nadie más.

Así elimina la intervención de los jueces, de los comités de bioética, informes policiales y cualquier otro 'trámite burocrático'.

También elimina la exigencia de previa denuncia o prueba de la violación, y establece que con una declaración jurada de la mujer firmada ante el médico, es suficiente para acreditar la causa.

Ahora el aborto por motivos de violación sólo requiere que la mujer le cuente la causa a su médico y que él realice la práctica.

Y amenaza a los médicos y funcionarios con que si requieren cualquier otra exigencia serán responsables penalmente de ello.

También establece claramente que el Estado debe asegurar la realización de los abortos de este tipo en los hospitales con carácter gratuito e inmediato. Y que si hubiese médicos que no quieren realizar la práctica por objeciones de conciencia los hospitales deben asegurar suficientes médicos no objetores.

Obviamente deja en claro que si la mujer es menor o incapaz, el consentimiento requerido es el de su representante legal.

¿Y? ¿Hay dos vidas o una sola?

La Corte, en el voto general, esquivo el debate sobre si hay una vida, sobre si hay un tercero en el feto. Se limita a sostener que el Congreso al dictar el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal ya hizo una opción.

No evitan el debate Argibay y Petracchi, quienes no niegan que haya vida en el feto y sostienen que la norma hace una elección sobre cuál de los implicados en el caso (mujer y feto) debe soportar una lesión a sus derechos, lo cual es habitual en casos extremos donde dos vidas quedan en juego. Y consideran correcta la opción legislativa por la mujer.

El tiro del final

Nada de esto hace que nos olvidemos que fue esta misma Corte, con los mismos ministros (aunque con disidencias), la que rechazó analizar el caso de Romina Tejerina escudándose en cuestiones formales.

Tampoco dejamos de aplaudir que hayan unificado un criterio para lograr un fallo unánime, lo que le da visos de perdurabilidad al criterio de estos siete.

Pero en síntesis, y a nuestro criterio, la Corte encontró la forma de destrabar un

problema social importantísimo haciendo aplicación de la normativa existente.

Claro que creemos indispensable una reforma legislativa, pero también sabemos que ese debate no es fácil. Y la Corte no está reemplazando al Congreso, sino que se limita a servir a la Constitución la cual le manda hacerla prevalecer en toda circunstancia.

Y en este caso, hacer cumplir la Constitución, implica permitir a la mujer violada que elija si quiere o no tener al hijo producto de esa violación.

Sólo eso es lo importante: la Constitución asegura a cada argentino poder decidir libremente su plan de vida. Ni más ni menos. Pero nunca menos.

Domingo Rondina

Abogado constitucionalista

www.constitucional.com.ar

NOTA PUBLICADA EN ERREIUS